

Tilburg University

'Attendite, Universi Populi' Het gebruik van buitenlands recht door de rechter in historisch perspectief

van Blom, C.L.

Published in:
Rechtsgeleerd Magazijn Themis

Publication date:
2013

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Blom, C. L. (2013). 'Attendite, Universi Populi' Het gebruik van buitenlands recht door de rechter in historisch perspectief. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 174(10), 51-60.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

‘Attendite, Universi Populi’¹

Het gebruik van buitenlands recht door de nationale rechter in historisch perspectief

Mr. C.L. van Blom*

In dit artikel staat het gebruik van buitenlands recht in het rechterlijk oordeel centraal.² Er wordt onderzocht wanneer en hoe de rechter zich in onze geschiedenis als ‘wereldburger’ daardoor heeft laten inspireren en leiden in zijn zoektocht naar het beste oordeel. Een dergelijk perspectief lijkt te kunnen bijdragen aan het begrijpen en duiden van rechtsontwikkelingen in het heden.

Het gebruik van buitenlands recht door de rechter staat vandaag de dag volop in de belangstelling.³ In de rechtspraak zijn over de gehele wereld voorbeelden te vinden van uitspraken die worden onderbouwd met verwijzingen naar niet eigen recht. Sommige landen hebben deze praktijk geïnstitutionaliseerd, zoals Zuid-Afrika, dat in zijn grondwet stelt: ‘...when interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum (...) may consider foreign law’.⁴ In andere landen wordt wel in de praktijk gerefereerd aan buitenlandse rechtspraak en aan bijvoorbeeld internationale ontwikkelingen op het gebied van mensenrechtenbescherming. De discussie over mogelijke theoretische grondslagen van het gebruik van ander dan het eigen recht door de rechter bij zowel de mensen van de ‘werkvloer’, de rechters, als bij de wetgever en de rechtsgeleerden is daar nog volop gaande. Deze discussie is alleszins te begrijpen. Wanneer rechters en gerechtshoven wereldwijd in hun oordeel ook buitenlands recht betrekken en daarmee een transnationale praktijk van

rechtspleging ontwikkelen, stellen ze de betekenis en toepassing van hun eigen nationale recht ter discussie. Hun handelwijze roept vragen op die de spanning weer-geven tussen de democratische uitgangspunten van het staatsbestel en de daadwerkelijke praktijk van de rechterlijke oordeelsvorming. Aan de kant van de democratische uitgangspunten vinden we uiteraard de vraag naar de *democratische legitimiteit*: hoe moet het primaat van de nationale wetgever en het statelijk recht in ons democratische bestel zich verhouden tot een rechter die het recht elders haalt?⁵ Supreme Court justice Scalia wijst op het gevaar van verlies van legitimiteit bij het gebruik van buitenlandse bronnen wanneer hij opmerkt: ‘What these foreign sources “affirm”, rather than repudiate, is the Justices’ own notion of how the World ought to be, and their diktat that it shall be so henceforth in America’.⁶ Aan de kant van de justitiële praktijk is er uiteraard de vraag naar het rechterlijk handelen als *proces en methode*: waar, wanneer, en hoe zoekt de rechter in het proces van rechtsvinding buiten zijn eigen rechtsgebied naar een antwoord? En hoe motiveert hij zijn beslissing met be-

* Mr. C.L. (Karlijn) van Blom is als docent/onderzoeker in de Rechtsgeschiedenis verbonden aan de Universiteit van Tilburg (Departement Publiekrecht, Encyclopedie en Rechtsgeschiedenis). Dank aan Maurice Adams, Koen van Aeken, Trix van Erp-Jacobs en Randall Lesaffer (allen Tilburg Law School) voor hun commentaar op eerdere versies van dit artikel. Het onderzoek waarop dit artikel steunt werd mogelijk gemaakt door een subsidie van het NWO (programma ‘Omstreden democratie’).

1. ‘Let op gij wereldburgers’. Deel van de tekst van een van de klaagliederen van Jeremia: *LAMED – O vos omnes qui transititis per viam, attendite et videte: si est dolor similis sicut dolor meus. Attendite universi populi, et videte dolorem meum: si est dolor similis sicut dolor meus.*
2. In dit artikel vat ik het gebruik van buitenlands of vreemd recht op in brede zin, dus als het gebruik van recht dat zich niet direct uit de eigen samenleving of sociale organisatie ontwikkelde of niet in de eigen rechtskring is ontstaan. In deze zin gebruik ik ook de term ‘rechterlijk kosmopolitanisme’.
3. Zie bijvoorbeeld voor de Nederlandse situatie: E. Mak, ‘Why Do Dutch and UK Judges Cite Foreign Law?’, *The Cambridge Law Journal*, vol. 70, 2, 2011, 420-450; M. Adams & E. Mak, ‘Buitenlands recht in nationale rechtspleging: onder welke voorwaarden is dat feitelijk nuttig en mogelijk?’, *Nederlands Juristenblad* 2011, p. 2912-2919; E. Hondius, ‘Naar een Europese Asser-serie. Over de noodzaak van rechtsvergelijking bij nationale toepassing van geharmoniseerd en eenvormig recht’, *AA* 2011, p. 741-742.
4. Artikel 39 lid 1c van de Zuid-Afrikaanse Grondwet.
5. Hierover M. Adams, ‘Globaliserende rechtspraak – Democratisch omstreden?’, *AA* 2012, p. 533-543.
6. Dissenting opinion justice Scalia, 543 US (2005) p. 830: “To begin with, I do not believe that approval by “other nations and peoples” should buttress our commitment to American principles any more than (what should logically follow) disapproval by “other nations and peoples” should weaken that commitment. More importantly, however, the Court’s statement flatly misdescribes what is going on here. Foreign sources are cited today, not to underscore our “fidelity” to the Constitution, our “pride in its origins,” and “our own [American] heritage.” To the contrary, they are cited to set aside the centuries-old American practice – a practice still engaged in by a large majority of the relevant States – of letting a jury of 12 citizens decide whether, in the particular case, youth should be the basis for withholding the death penalty. What these foreign sources “affirm,” rather than repudiate, is the Justices’ own notion of how the world ought to be, and their diktat that it shall be so henceforth in America. The Court’s parting attempt to downplay the significance of its extensive discussion of foreign law is unconvincing. “Acknowledgment” of foreign approval has no place in the legal opinion of this Court unless it is part of the basis for the Court’s judgment – which is surely what it parades as today’. Zie: www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/543bv.pdf.

trekking tot de buitenlandse invloed?⁷ Volgens justice Kennedy in de zaak *Roper vs. Simmons* is het ‘...[p]roper that we acknowledge the overwhelming weight of international opinion against the juvenile death penalty (...) The opinion of the World community (...) does provide respected and significant confirmation of our own conclusions.’⁸ Maar hoe bepaalt de rechter wat de ‘opinion of the World community’ is?

In de hedendaagse discussie over de eigen politieke entiteit overstijgend rechtsverkeer, wordt regelmatig verwezen naar historische voorbeelden.⁹ Maar hoe kan een historisch voorbeeld dit hedendaagse vraagstuk inzichtelijk maken en wellicht oplossen? In dit artikel wordt de enkelvoudige historische verwijzing historisch-methodologisch geproblematiseerd omdat ze anekdotisch is. Het recht ontwikkelt zich immers plaats-, tijd- en cultuurgebonden en het voegt zich naar, of stimuleert maatschappelijke ontwikkelingen.¹⁰ Deze contextgebondenheid belemmert enerzijds een vanzelfsprekende transplantatie van recht naar een ander rechtsbestel, maar geeft anderzijds wel aanknopingspunten voor een vergelijking door de geschiedenis heen. Door een contextuele analyse van de historische voorbeelden waarnaar verwezen wordt, is het wellicht wel mogelijk parallellen tussen verleden en heden te trekken.

Meer specifiek vertrekt *deel I* van dit artikel vanuit de verwijzingen naar de geschiedenis door Jeremy Waldron en Patrick Glenn.¹¹ Zij gebruiken, respectievelijk, de historische voorbeelden van het Romeinse *ius gentium* en van de receptie van het Romeinse recht om het hedendaags gebruik van buitenlandse rechtsbronnen door de rechter te duiden en te rechtvaardigen. Vooral de historische verwijzing van Waldron roept historisch-methodologische vragen op. Een contextuele benadering van de rechtsgeschiedenis, geïnspireerd door Sir Paul Vinogradoff (1854-1925) blijkt aanknopingspunten te bieden voor het bestuderen van eerdere periodes van rechterlijk ‘kosmopolitanisme’. In *deel II* worden vervolgens, vanuit

deze rechtssociologische benadering, de door Waldron en Glenn genoemde periodes uit de geschiedenis besproken.¹² Dan kan ook het begrip *ius gentium* onder de loep genomen worden; is het als tijdloze rechtsconsensus te beschouwen? In *deel III* worden, tot slot, de overeenkomsten van verleden en heden duidelijk. Vervolgens worden enkele suggesties geopperd over het hanteren van vreemd, ander, of buitenlands recht door de rechter in onze eigen tijd.

1. De geschiedenis in het recht; voetangels en klemmen

In het debat over het gebruik van buitenlands recht door de rechter stelt Waldron¹³ dat er in het hedendaagse grensoverschrijdende rechtsgebruik een parallel is te trekken met het *ius gentium* van de Romeinen, en Glenn¹⁴ verwijst naar het uitgebreide en langdurige gebruik van het Romeinse, geleerde recht vanaf de vroegmoderne tijd door rechters en wetgevers.

Verklaarde tegenstanders van het gebruik van buitenlands recht door de rechter zetten het verleden echter ook in als argument; justice Scalia verwijst in dit verband naar de bedoelingen van de achttiende-eeuwse *Framers*¹⁵: ‘The notion that a law of nations, redefined to mean the consensus of states on any subject can be used by a private citizen to control a sovereign’s treatment of its own citizens within its own territory is a 20th-century invention of international law professors and human-rights advocates. The framers would, I am confident, be appalled ...’.¹⁶

Vanuit methodologisch oogpunt heeft het gebruik van historische verwijzingen echter de nodige voetangels en klemmen. Lesaffer verwijst naar Craven, die een drievoudig onderscheid maakt in methode van het gebruik van

7. Over de redenen voor het gebruik van vreemde bronnen van recht, zie E. Mak, noot 3.

8. 543 US (2005) p. 578. Zie noot 7.

9. Zie bijvoorbeeld J. Waldron, ‘Foreign Law and the Modern Ius Gentium’, in: *Harvard Law Review*, vol. 119, 129-147, 2005; H.P. Glenn, ‘Comparative Legal Reasoning and the Courts: A View from the Americas’, in: G. Canivet, M. Andenas & D. Fairgrieve, *Comparative Law before the Courts*, London: British Institute of International and Comparative Law, 217-228, 2004; S. Calabresi & S. Dotson Zimdahl, *The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty*, 2005, SSRN, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=700176.

10. Zie bijvoorbeeld J. Monballyu, *Zes eeuwen strafrecht. De geschiedenis van het Belgische strafrecht (1400-2000)*, Amsterdam: 2006, p. 17. Het fenomeen van verandering en vernieuwing door allerlei externe invloeden is ook in de cultuurgeschiedenis bekend. In de muziek laat men zich al van oudsher inspireren door andere stijlen en instrumenten. Met betrekking tot de lamentatietekst van noot 1 zien we bijvoorbeeld meerstemmige bewerkingen die vanaf de vijftiende eeuw bij de componisten van de renaissance voorkomen. Daar neemt de polyfonie de structuur van het oorspronkelijke eenstemmige gebruik over. Vervolgens vertoont bijvoorbeeld de componist Herman Hollanders (ca. 1590-1645), in zijn ‘O vos omnes’ weer een typische overgangsstijl: de basis is nog het gedegen contrapunt van de *stile antico*, de late renaissancestijl, maar in de tekstexpressie en de begeleiding is de nieuwe Italiaanse *stile concertato* te horen.

11. Waldron, 2005; Glenn, 2004.

12. Het gaat dan om de periode van de late republiek ten tijde van het Romeinse Rijk (367-27 voor Chr.) waarin het Romeinse *ius gentium* opkomt en om de periode vanaf de renaissance van de 12e eeuw, met de opkomst van de steden in West Europa en de daaropvolgende brede receptie van het geleerde (Romeinse en Canonieke) recht in continentaal West Europa in de vroegmoderne tijd.

13. Waldron, 2005.

14. Glenn, 2004.

15. In de grote groep van de *Founding Fathers* van de Verenigde Staten van Amerika wordt vaak een onderscheid gemaakt tussen zij die in 1776 de Onafhankelijkheidsverklaring ondertekenden en zij die vorm gaven aan de Amerikaanse Grondwet; de laatsten worden de *Framers* genoemd.

16. Justice Scalia in *Sosa*, 124 S.Ct. at 2776, 750: ‘The Framers would, I am confident, be appalled by the proposition that, for example, the American peoples’ democratic adoption of the death penalty, see, e. g., Tex. Penal Code Ann. § 12.31 (West 2003), could be judicially nullified because of the disapproving views of foreigners.’ Zie: www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/542bv.pdf.

geschiedenis in het internationale recht.¹⁷ Ten eerste is er de studie van *de geschiedenis in het recht*, waarin het niet gaat om het onderzoeken van de geschiedenis zelf, maar om het argument voor of het voorbeeld van een bepaalde interpretatie van het recht dat in de geschiedenis te vinden is. De geschiedenis wordt gebruikt als instrument om het eigen standpunt kracht bij te zetten, waarbij er minder aandacht is voor de historische werkelijkheid. De abstractie van de originele context geeft het betreffende voorbeeld legitimiteit en autoriteit. De tijdloze waarde wordt benadrukt, het voorbeeld heeft eeuwigheidswaarde verkregen door de historische verwijzing. Ten tweede kan het recht als fenomeen in een bepaalde sociale context bestudeerd worden, dat is de studie van *het recht in de geschiedenis*. Het gaat dan om het recht in interactie met sociale, culturele en politieke aspecten van een bepaalde samenleving. Deze studie zoekt het antwoord op vragen als: hoe zag het recht(ssysteem) er toen uit en hoe functioneerde het in die bepaalde tijd in die bepaalde samenleving? Ten derde verklaart de studie van *de geschiedenis van het recht* het hedendaagse recht vanuit zijn wordingsgeschiedenis. Ligt de nadruk op de ontwikkeling van het recht als geheel, als systeem, dan wordt het de studie van de uitwendige rechtsgeschiedenis genoemd. Gaat het om het bestuderen van de ontwikkeling van een regel, concept, institutie of rechtsgebied dan spreekt men van de inwendige rechtsgeschiedenis.

Het is vooral Waldron die met zijn verwijzing naar het Romeinse *ius gentium* uitdaagt tot kritisch door- en verder denken. Hij verbreedt en verdiept het debat over het gebruik van buitenlands recht door de rechter door nieuwe terreinen te verkennen naast de, overigens zeer fundamentele en noodzakelijke ‘is het wel of niet democratisch verantwoord’-discussie. Hij zoekt naar wetenschappelijk consensus en naar criteria voor het gefundeerd citeren en toepassen van buitenlands recht bij een hedendaagse casus. Hij wil een theorie ontwikkelen die antwoord kan geven op vragen als: wat is het gezag van vreemd recht? (autoriteit of overtuigingskracht?), welke rechtsgebieden zijn wel of niet geschikt voor het gebruik van buitenlands recht? (privaatrecht wel en constitutioneel recht niet?), welke rechtssystemen lenen zich ertoe? (alleen democratieën, speelt het mensenrechtenbeleid een

rol?). Een wetenschappelijk verantwoorde theorie zou in principe alle voorkomende gevallen moeten kunnen afdekken en overtuigend genoeg moeten zijn om de rechtssubjecten in de meest brede zin van het woord ervan te overtuigen dat rechtscolleges buitenlands recht kunnen toepassen bij het tot stand komen van hun oordeel. Waldron denkt hierbij aan een wereldwijd gedeeld rechtsgevoel dat het gebruik van niet-statelijk recht kan legitimeren. Hij onderbouwt zijn idee met een historisch argument: hij verbindt aan het fenomeen van globale rechtscensus het historische begrip *ius gentium*.¹⁸ In een globale historische terugblik schetst hij het ontstaan van het Romeinse *ius gentium* als het product van enerzijds de idee van het natuurrecht als ideaal van een door allen gedeeld rechtsgevoel, en anderzijds, de rechtsmassa die in het antieke Rome is ontwikkeld om ook de juridische belangen van niet-Romeinen te kunnen dienen; het Romeinse *ius civile* was er immers alleen maar voor de Romeinse burgers. Waldron kwalificeert het oorspronkelijke *ius gentium* als een verzameling van recht dat alle volkeren gemeenschappelijk hebben en als een efficiënt middel om vaak voorkomende rechtskwesties te kunnen regelen.¹⁹ Door de invloed van het Romeinse natuurrechtsdenken in de 2e eeuw werd het ‘a set of enduring intermediate principles that one might use as touchstones for real-world legal systems’.²⁰ Waldron gaat verder uit van het *ius gentium* in deze laatste betekenis: het eeuwigdurend product van een reflectief evenwicht tussen positief recht en natuurrecht waarbinnen rechtsvinding plaatsvindt.²¹ Het is ‘...the accumulated wisdom of the world on rights and justice (...) the knowledge is accumulated (...) from the decisions of judges and lawmakers grappling with real problems (...) in the sense of overlap, duplication, mutual elaboration and the checking and rechecking of results that is characteristic of true science’.²² Volgens Waldron wordt de discussie over het gebruik van buitenlands recht door de rechter bepaald door het contrast in opvatting over het recht als uiting van de wil van de wetgever, als gezaghebbend, of als uiting van redelijkheid, als overtuiging. Hij moet toegeven dat hij degenen die het recht louter zien als door de wetgever opgelegde wil niet zal kunnen overtuigen van zijn opvatting dat het juiste oordeel ook buiten het eigen recht gevonden kan

17. M. Craven, ‘Introduction. International Law and Its Histories’, in: M. Craven, M. Fitzmaurice & M. Vogiatzi (red.), *Time, History and International Law*, Leiden/Boston: 2007; R. Lesaffer, ‘Law and History: Law between Past and Present’, in: Bart van Klink & Sanne Taekema, *Law and Method, Interdisciplinary research into Law*, Tübingen: 2011. Lesaffer past de indeling van Craven toe op de algemene rechtsgeschiedenis.

18. Waldron noemt het ook *general common law*. Hij lijkt daarin wel een onderscheid te maken tussen zaken die gaan om het recht tussen naties onderling (*Ius gentium* wordt dan gezien als een soort *customary international law*) en zaken met een privaatrechtelijk karakter (*Ius gentium* zou dan refereren aan *the heritage of the common law*). Maar hij zegt ook: “‘general common law’ and ‘customary international law’ are not so much separate bodies of law as different ways of referencing one and the same jurisprudential enterprise”. Waldron, 2005, p. 136-137.

19. Ibid., p. 133.

20. Ibid., p. 134.

21. Ibid., p. 136.

22. Ibid., p. 138-139.

worden.²³ Het op soevereiniteit gebaseerde positivisme van John Austin heeft in zijn ogen al lang afgedaan, het recht wordt al sinds lange tijd meer pragmatisch bekeken.²⁴ Een algemene tijdloze consensus als bron voor methode van rechtsvinding is vruchtbaar voor hen die rechtsvinding opvatten als heuristiek, als een proces van zich al redenerend een weg banen door problemen die opgelost moeten worden. Waldron stelt dat het, in analogie met de medische en biologische wetenschappen, bij de rechtsvinding door de rechter, niet gaat om simpelweg van elkaar overnemen maar om het zich baseren op wetenschappelijke consensus.

Maar bij Waldrons interpretatie van het Romeinse *ius gentium* en zijn aanname van de tijdloosheid van de rechtswetenschappelijke consensus van het *ius gentium* zijn vanuit de historische methode kritische kanttekeningen te maken. Ten eerste gebruikt hij de geschiedenis instrumenteel: hij hanteert een *geschiedenis in het recht*-benadering zonder aandacht voor het brede sociale, culturele en politieke kader waarin het *ius gentium* functioneerde. Daarmee negeert hij ook de lotgevallen van het begrip *ius gentium* in de twintig eeuwen erna. Zijn hele argumentatie berust op het enkele feit dat het fenomeen zich ooit heeft voorgedaan. Daarmee geeft hij zijn historische interpretatie van het *ius gentium* een kritiekloze eeuwigheidswaarde.²⁵

Ten tweede is wetenschappelijke consensus in het recht niet alleen een kwestie van analogie met de exacte, maar ook met de sociaal-culturele wetenschappen. Het recht is immers bij uitstek een sociaal fenomeen. Inzicht in de sociale context van het recht is vereist om zowel de historie als de eigen tijd betekenis te kunnen geven. Zonder contextuele kennis wegen alle argumenten gehaald uit de historie van het recht even zwaar: het Romeinse *ius gentium* als gedeelde redelijkheid, het vroegmoderne *ius commune* of geleerde recht als gemeenschappelijk richtsnoer, maar ook de bedoeling van de 18e eeuwse Framers

toen ze de *Constitution of the United States of America* opstelden. Het heeft zich allemaal ooit voorgedaan, niets meer en niets minder. Deze instrumentele benadering van de geschiedenis geeft geen uitsluitsel over de vraag naar het hoe en waarom, ze is alleen maar anekdotisch. Bij het gebruik van een historisch voorbeeld is kennis nodig over het recht in zijn eigen tijd en omstandigheden, in zijn brede cultuurhistorische context, en over de evolutie tot op heden. Kortom, daarbij is de studie van *het recht in de geschiedenis* en *van de geschiedenis van het recht* noodzakelijk.

In dit kader verdient de theorie over rechtsvorming en sociale context van de eminente rechtsgeleerde en historicus Sir Paul Vinogradoff bijzondere aandacht.²⁶ Zijn reputatie werd gevestigd met het boek *Villainage in England*, waarin hij als een van de eersten het belang van kennis van allerlei aspecten van een bepaalde sociale organisatie (in casu de Engelse middeleeuwse plattelandsgemeenschap) voor een beter begrip van diens politieke en juridische instituties, benadrukte.²⁷ In zijn rechtswetenschappelijke benadering van rechtsontwikkeling in samenhang met sociaal-maatschappelijke factoren onderscheidt hij verschillende vormen van sociale organisaties.²⁸ Hij verbindt deze vormen van samenleven met de ontwikkeling van en de verandering in de daarbij horende rechtssystemen. Het recht is een dynamisch systeem dat enerzijds weergeeft hoe een maatschappij is geconstitueerd en anderzijds ook een uitdrukking is van wat een maatschappij aan waarden en normen wil verwezenlijken. Vinogradoff zet zich weliswaar af tegen het gelijkstellen van natuur- en rechtswetenschap (zoals Waldron lijkt te doen), maar hij sluit zich ook niet aan bij hen die de natuur- en cultuurwetenschappelijke methode lijnrecht tegenover elkaar stellen. Hij benadrukt juist de meerwaarde van de combinatie.²⁹ Want, waar de een op zoek is naar onveranderlijke wetten van de natuur, natuurverschijnsel-

23. Waldron verwijst hier naar: H.L.A. Hart, *The Concept of Law* 50-78, Oxford: Oxford University Press 1994 (2nd ed.) en J. Landman Goldsmith & S. Walt, ‘Erie and the Irrelevance of Legal Positivism’, *Virginia Law Review*, vol. 84, no. 4, 1998. Available at SSRN, <http://ssrn.com/abstract=141384>. Overigens schetst het langlopende rechtsfilosofische onderzoek van Hans Lindahl een genuanceerder en complexer beeld ten aanzien van onbegrensd en begrensd recht, zie o.a.: H.K. Lindahl, ‘A-Legality: Postnationalism and the question of legal boundaries’, *The Modern Law Review*, 73(1), 2010, 30-56; H.K. Lindahl, ‘The Boundaries of Legal Orders in a Postnational Setting: Conceptual, Normative and Institutional Issues’, in: S. Muller, S. Zouridis, M. Frishman, & L. Kistemaker (red.), *The Law of the Future and the Future of Law*, Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher 2011, p. 355-366; H.K. Lindahl, ‘Boundaries and the Concept of Legal Order’, *Jurisprudence: an International Journal of Legal and Political Thought*, 2, 73-97, 2011.

24. J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London: Murray 1861.

25. Waldron verbindt het *ius gentium* met het natuurrechtsdenken van de 2e eeuw. Hij veronachtzaamt daarmee de opvatting over het natuurrecht van de late republiek. Het natuurrecht werd toen gezien als een gejuridiseerde versie van de opvattingen van de Griekse sofisten, die tegenover het menselijk recht de onveranderlijke en eeuwige *fysis*, de natuur plaatsten. Zo was, volgens Cicero, het natuurrecht de maatstaf van de objectieve rechtvaardigheid die overal ter wereld en voor alle mensen gelijk gold en die door de rede was te ontdekken: ‘Als we willen bepalen wat rechtvaardig is, laat ons dan beginnen met dat opperste Recht dat ontstaan is eeuwen voor elk geschreven recht of voor dat er enige staat bestond’. Cicero, *De Legibus* 1.18-19, in: Lesaffer, 2008, p. 72.

26. Sir Paul Grailovich Vinogradoff (1854-1925), historicus en rechtsgeleerde, *Professor of Jurisprudence* in Oxford 1903-1925 en *Fellow of the British Academy*.

27. P. Vinogradoff, *Villainage in England, Essays in English Medieval History*, Oxford: Clarendon Press, 1887/1892, retrieved 2008. Uiteraard was hij niet de eerste met deze historische en rechtssociologische focus in de rechtswetenschap. In zijn inaugurele rede ‘The teaching of Sir Henry Maine’ (1904), verklaart Vinogradoff zichzelf schatplichtig aan hem: ‘... I can claim Maine as one of my most influential teachers. His was one of these minds which radiate far beyond their immediate surroundings.’

28. P. Vinogradoff, ‘Historical Types of International Law’, in: *Bibliotheca Visseriana Dissertationem Ius Internationale Illustrantium I*, Leiden: Brill 1923, p. 3-70; Idem (red.), ‘Presidential Address’, in: *Essays in Legal History, read before the International Congress of Historical studies held in London 1913*; Idem, *Villainage in England: essays in English Mediaeval History*, Clarendon Press 1892; Idem, *The Teachings of Sir Henry Maine*, London, Oxford University Press 1904.

29. Vinogradoff verwijst hier naar Wilhelm Windelband (1848-1915) en Heinrich Rickert (1863-1936). Zij maakten deel uit van de zogeheten Baden School van Neo-Kantianen. Met name Rickert is bekend vanwege zijn debat over een kwalitatief onderscheid dat gemaakt zou moeten worden tussen wetenschappelijke en historische feiten.

len afdoende en telkens opnieuw wil kunnen verklaren, zich bezighoudt met de relatie tussen oorzaak en gevolg, een stelling wil bewijzen, kortom: *stelt*, houdt de ander zich bezig met cultuur in de zin van de manifestaties van menselijk handelen, inventariseert verschillen en motiveringen, onderzoekt de relatie tussen middel en doel, kortom: *waardeert*. Voor de rechtshistorische wetenschap is het bestuderen van oorzaak en gevolg van belang én het op waarde schatten van de gegevens. Dat laatste gebeurt met behulp van maatstaven die buiten de causale relatie vallen en die juist rekening houden met het nastreven van het goede, een ideaal. Volgens Vinogradoff moeten feiten en gebeurtenissen dus ook gewaardeerd worden in overeenstemming met hun bedoeling, namelijk het realiseren van een doelstelling. Deze doelstelling is sterk verweven met de sociale groep waarin de rechtsvorming zich voordoet. Sociale relaties vormen zich door het recht en ze vormen het recht. Dat gebeurt in de praktijk door gewoonte en door rechtsvorming door de overheid. Het is niet nodig om te zoeken naar een mystieke bron van het recht, zoals gedeelde rechtsovertuiging of algemene principes. De oriëntatie op een doel bepaalt mede het recht en geeft het waarde. Omdat het recht in zijn toepassing en mogelijkheden logisch opereert en streeft naar samenhang en structuur, codificeert en modificeert elke sociale organisatievorm het recht voortdurend in een rechtssysteem. In die dynamiek is de geest van de wet te vinden. ‘...it is (...) a study of the spirit of laws which aims at setting free a constituent element of prime importance – the dialectics of social principles in law.’³⁰ De geest van de wet staat in het teken van het ideaal van de samenleving en weerspiegelt het doel waarnaar de samenleving streeft. Daarbij gaat het dus niet alleen over de organisatie van de overheid, maar ook over de organisatie van het dagelijks leven.³¹ Vinogradoff onderscheidt vijf basistypen van sociale organisatievormen die zich weerspiegelen in hun rechtssystemen.³² Voor het typeren van een sociale organisatievorm is niet de organisatie van de macht en/of de overheid bepalend, maar het algemene beeld van het sociale verkeer. Ten eerste noemt hij de stam als een organisatie waaraan de familiale relatie – reëel maar ook artificieel – ten grondslag ligt. Ten tweede beschrijft hij de stedelijke samenleving, waar bevoorrechte individuen in hun bepaalde samenhang hun eigen exclusieve rechtssysteem creëren. Ten derde zijn er de organisaties van gelovigen, die het universele doel nastreven van het bereiken van hun God, door op aarde naar zijn voorbeeld te leven. Ten vierde onderscheidt hij de contractuele samenleving, waar individuen zich orga-

niseren met het oog op het bereiken van optimale vrijheid, bijvoorbeeld van handel en/of van meningsuiting. Ten vijfde schetst hij de collectivistische organisatie, waarbij de rechten van het individu ondergeschikt worden gemaakt aan sociale solidariteit. Al deze vormen van sociale organisatie kunnen in zichzelf verschillende variaties vertonen en ook in allerlei mengvormen voorkomen. Bij verandering in de sociale organisatie of bij overgang van de ene naar de andere vorm vinden er ook fundamentele veranderingen in het recht plaats. Het recht is er immers op gericht te zoeken naar noodzakelijke oplossingen voor problemen die zich voordoen, het is echter ook deel van een systeem. Bij veranderingen kan alleen een duurzaam resultaat bereikt worden wanneer het rechtssysteem erin slaagt nieuwe idealen of doelstellingen door te voeren én tegelijkertijd het oude recht in stand te houden.³³ Elk rechtssysteem is dus een weergave van traditie én toekomstgerichtheid. In elk systeem is dan ook het eigen verleden te achterhalen omdat het systeem vorm heeft gekregen en zich voortdurend vormt door verschillende juridische tendensen naar de telkens door de sociale organisatievorm bepaalde gezamenlijke doelstelling. Vinogradoff geeft het voorbeeld van een Engelse rechter die een handelsbeperkende overeenkomst nietig verklaart of die weigert straf op te leggen aan een vakbond voor strafbare daden van vakbondsleden, gepleegd tijdens een conflict tussen werkgevers en werknemers. In het eerste geval doet de rechter recht aan de individuele vrijheid van het individu, in het tweede geval laat hij de collectivistische tendens prevaleren.³⁴ Het rechtssysteem van een sociale organisatievorm bevat veel meer dan alleen wetgeving; het is alles wat, met als basis de zich voortdurend aanpassende rechtstraditie, vanuit de rechtspraktijk, de dagelijkse werkelijkheid, boven komt drijven en past in het proces van het verwezenlijken van de gezamenlijke doelstelling. Het rechtssysteem is daarmee zowel in zijn traditie als in zijn vormgeving een dynamisch geheel.

2. Het recht in de geschiedenis en de geschiedenis van het recht

In deze paragraaf worden Vinogradoffs ideeën over de veranderingen in sociale organisatievorm en de dynamiek van het rechtssysteem gebruikt om de door Waldron en Glenn genoemde periodes van ‘rechterlijk kosmopolitanisme’ contextueel te beschrijven en om na te gaan of het gaat om tijden van verandering in sociale organisatievorm. Daarna kan ook het concept *ius gentium* in de context van 2000 jaar rechtsontwikkeling besproken worden.

30. Vinogradoff, 1923, p. 7.

31. De geest van de wet omvat bij Vinogradoff dan ook veel meer dan bij Montesquieu, want: ‘Montesquieu was, however, the child of his time, he lacked historical perspective and was dominated by the influence of the pseudo-classical school; besides he had not enough material to enable him to emancipate himself from his great predecessor and master Aristotle. (...) Montesquieu’s book became a continuation of the politics of Aristotle. Its title should have been not the “Spirit of Laws” but the “Spirit of Governments as expressed in their Laws”’. Vinogradoff, 1923, p. 5.

32. In zijn ‘Presidential Address’ onderscheidt hij overigens zes typen van sociale organisatie. De *Landed Estate* wordt in 1923 niet meer genoemd. P. Vinogradoff, ‘Presidential Address’, in: *Essays in Legal History, read before the International Congress of Historical studies held in London 1913*.

33. ‘...what is obvious, is that all the stages (...) are marked by profound changes in law and that it is only on condition that the upholders of the new ideals succeed in elaborating a normal system of law, that they will have achieved something durable in the history of civilization.’ Vinogradoff, 1923, p. 7.

34. Vinogradoff verwijst dan ook naar zijn eigen tijd, als een tijd van overgang: ‘Our own time shows unquestionably the marks of a transitional period from an individualistic to a compromise between individualism and collectivism.’ Vinogradoff, 1923, p. 7-8.

Waldron verwijst naar het *ius gentium*, ontstaan ten tijde van de late Romeinse republiek als het begin van een wereldwijde rechtsconsensus.³⁵ Deze periode van rechtsvorming door de verantwoordelijke voor de rechtspraak zal ik als eerste bespreken met als focus de sociale context, waarin het *ius gentium* ontstond.

De tweede periode is de door Glenn genoemde receptie van het geleerde Romeinse recht vanaf de vroegmoderne tijd.³⁶ Maar al eerder, met de opkomst van de steden vanaf de late 11e eeuw kwam er een proces op gang, waarbij de rechter ook ander dan het eigen recht toepaste. Het proces van receptie van het geleerde Romeinse recht heeft zich daar later ingevlochten. Ik zal hieronder dan ook de 11e eeuw als beginpunt van de tweede te bespreken periode nemen.

Voor beide periodes, die elk enkele eeuwen bestrijken, zal ik nagaan wat de sociale context is van het gebruik van ander dan het eigen recht door de rechter. Zijn het, om met Vinogradoff te spreken, sociale organisatievormen in een overgangstijd te noemen, en zo ja, zijn er algemene kenmerken te onderscheiden? En wat was de rol van de rechter in het vertalen van nieuwe ontwikkelingen en doelstellingen naar het eigen rechtssysteem?

2.1. Rechtsvorming in de Romeinse Late Republiek, 367-27 voor Chr.³⁷

Nadat de laatste Etruskische koningen zijn verdreven, wordt Rome in 509 voor Chr. een republiek en zal dat blijven tot 27 voor Chr.³⁸ Gedurende deze hele periode ontwikkelt het recht zich vooral door middel van enkele rechtsmiddelen. Typerend voor de sociale context ten tijde van de vroege republiek is de tegenstelling tussen de van oudsher invloedrijke patriciërs – de leden van de oude *gentes* –, en de minder machtige plebejers – het gewone volk –, zoals de oorspronkelijke bewoners van de Romeinse en de geannexeerde gebieden en immigranten. Deze machtsstrijd wordt uiteindelijk definitief gereguleerd met de hervorming van de magistratuur door de *Leges Liciniae Sextiae* (367 v. Chr.) en het gelijkstellen van *plebiscieten* met *leges* door de Lex Hortensia (286 v. Chr.). Er wordt dan ook voorzien in een speciale magistraat voor de rechtsbedeling, de praetor.³⁹ Als de interne spanningen zijn bedwongen breekt de periode van de late republiek aan waarin Rome zich gaat richten op expansie. In de twee eeuwen die volgen zal Rome niet alleen de heerschappij over Italië verkrijgen, maar ook het gehele

gebied – en ver landinwaarts – rondom de Middellandse Zee gaan beheersen. Rome wordt het centrum van handel en cultuur in de westerse wereld. Het Romeinse rijk wordt nog steeds bestuurd door de instituties van de oude stadstaat, maar door de veranderingen op sociaal en economische gebied voldoet het oude recht van de vroege republiek niet meer. De Romeinse samenleving verandert, om met Vinogradoff te spreken, in betrekkelijk korte tijd van een stadstaat in een contractuele samenleving, waarin de vrijheid van het individu en van diens handelen zeer belangrijk is. Er voltrekt zich een relatief snelle secularisering, internationalisering en liberalisering van de samenleving en dat heeft consequenties voor het recht.⁴⁰ Het *ius civile* is beperkt in mogelijke acties, het is het recht voor en door de Romeinse burger. Het is het deels vastgelegde gewoonterecht van de stadstaat. Het heeft nog een sterke religieuze connotatie en is zeer formalistisch van aard. Het recht past niet meer bij een rijk, waarin religie op staatsniveau steeds minder invloed heeft. Men maakt kennis met andere volkeren, zeden en gewoontes en steeds meer inwoners hebben geen Romeinse burgerrecht. Maar tussen Romeinse burgers en die anderen zijn er wel allerlei (handels)contacten. Deze relatief nieuwe situaties en de conflicten die zich voordoen vragen om een juridische oplossing. De praetor, belast met de verantwoordelijkheid voor de rechtsbedeling, rekt de bestaande, beperkt toepasbare acties van het *ius civile* op en ontwikkelt daarmee langzamerhand algemene, breed toepasbare acties, die in de vorm van een bepaalde formulering de casus beschrijven.⁴¹ Zo ontstaat een nieuwe procesvorm, het *formula*-proces. Naarmate het aantal vreemdelingen in de Romeinse samenleving toeneemt, wordt er, naast de praetor *urbanus* voor de Romeinse burgers, speciaal voor het behandelen van geschillen waarin een of beide partijen vreemdelingen zijn, een praetor *peregrinus* aangesteld. Deze laatste maakt pragmatisch gebruik van de remedies uit het *ius civile* door deze terug te brengen tot hun essentie. Zo doen heel algemene privaatrechtelijke begrippen als goede trouw en redelijkheid en billijkheid hun intrede in het Romeinse rechtssysteem als grond voor nakoming van contracten. Deze verzameling van algemeen erkende begrippen voor het privaatrechtelijk verkeer wordt *ius gentium* – recht dat alle volkeren (h)erkennen – genoemd. Het door de praetoren ontwikkelde recht, het *ius praetorium*, vormt op den duur een aparte rechtsmassa naast het *ius civile*. De zoektocht naar algemene, eenieder bindende algemene juridische begrip-

35. Waldron, 2005, p. 132-137.

36. Glenn, 2004, passim.

37. Zie: M. Crawford, *The Roman Republic*, Londen: 1992, 2e ed.; D. Johnston, *Roman Law in Context*, Cambridge: 1999; M. Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, Göttingen: 1976, 2e ed.; M. Kaser, *Ius Gentium*, Wenen: 1993; R. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis*, Leuven: 2008; J.E. Spruit, *Cunabula Iuris. Elementen van het Romeinse privaatrecht*, Deventer: 2001; P. Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge University Press 1999; O.E. Tellegen-Couperus, *Korte geschiedenis van het Romeinse recht*, Tilburg: 1998; A. Watson, *The Spirit of Roman Law*, Athens GA: 1995.

38. De Romeinse tijd in de klassieke oudheid beslaat een periode van meer dan duizend jaar. Tellegen verdeelt deze periode in vier tijdvakken met de politieke structuur als criterium. Zij hanteert als indeling: de koningstijd en de vroege republiek (1000-367 v. Chr.), de late republiek (367-27 v. Chr.), de vroege keizertijd (27 v. Chr.-284) en de late keizertijd (284-565 [1453]). Lesaffer houdt in zijn cultuurhistorische benadering eenzelfde indeling aan met uitzondering van de late republiek, die hij dateert tussen 264 en 27 v. Chr., de tijd van de veroveringen. Ik houd me in dit artikel aan de indeling van Lesaffer. Tellegen, 1998, passim; Lesaffer, 2008, p. 19-56.

39. Stein, 1999, p. 8. Anders o.a.: Jan Hendrik Valgaeren, die stelt dat de praetor pas rond 200 v. Chr. de verantwoordelijkheid voor de rechtspraak in Rome kreeg toebedeeld. J.H. Valgaeren, *The Jurisdiction of the Pontiff in the Roman Republic: A Third Dimension*, nog te verschijnen.

40. Tellegen, 1998, p. 46.

41. Stein, 1999, p. 9.

pen zorgt voor de noodzakelijke aanpassing van het Romeinse rechtssysteem aan de veranderde omstandigheden. Deze vernieuwing is voortgekomen uit de rechtspraak; degenen die verantwoordelijkheid hadden voor het verlenen van toegang tot de rechter hebben gezorgd voor een rechtssysteem, dat, met behoud van de traditionele eigenheid, past bij een nieuwe sociale organisatievorm. Het rechtssysteem ten tijde van de late republiek is het recht van een contractuele samenleving, waarin de vrijheid van het individu en van diens handelen centraal staan, maar dat zijn wortels heeft in de stadstaat. Dat recht dient als basis voor de rechtswetenschappelijke exercities in de vroege keizertijd. In die tijd moeten we ook het debat over de verhouding van het natuurrecht tot het *ius gentium* plaatsen, waarin het *ius gentium* uiteindelijk zal worden betiteld als universeel menselijk recht.⁴² In de zesde eeuw wordt door toedoen van keizer Justinianus de gehele Romeinse rechtsmassa gecodificeerd. Deze codificatie zal van waarde blijken voor de rechtsontwikkeling vanaf de 12e eeuw.

2.2. Rechtsvorming en receptie van het geleerde recht vanaf de 11e eeuw⁴³

De opmars van het herontdekte Romeinse recht als een bron van juridische kennis begint rond de 12e eeuw en voegt zich in andere al bestaande vormen van rechtsvorming en rechtsvernieuwing door de rechter, die hieronder kort worden besproken.

Koschaker schetst de periode van de 11e eeuw als gekenmerkt door de verbetering van de landbouw en van de positie van diegenen die in de landbouw werkzaam zijn. Dit zorgt voor een opbloei van handel en verkeer, die resulteert in de opkomst van de steden.⁴⁴ De steden manifesteren zich in dit tijdperk als een nieuw politiek fenomeen buiten de sfeer van de feodaliteit. De stadse samenleving is gebaseerd op het idee van een gemeenschap van vrije individuen, een *communitates of universitas* van vrije poorters.⁴⁵ Binnen de poorten vinden zowel het individu, als later de beroepsorganisaties een plaats. In diezelfde tijd strijden de beide universele machten, de paus en de Duitse keizer, om de hoogste macht. Beiden zoeken naar een wetenschappelijke onderbouwing van hun argumenten. Zo ontstaat een netwerk van economische en weten-

schappelijke relaties in West-Europa, van steden onderling, van de (lokale) adel, de grote vorstenhuizen en de clerus. In deze nieuwe dynamische omgeving is er behoefte aan kennis en dus onderwijs en wetenschapsbeoefening. De van oudsher aan de abdijen verbonden scholen voldoen niet meer. Het onderwijs verplaatst zich naar de kathedraals- en stadsscholen, waar men inspeelt op de nieuwe omstandigheden en inzichten.⁴⁶ Na verloop van tijd groeien deze scholen uit tot centra van geregeerde wetenschapsbeoefening, de universiteiten. Deze worden de dragers van de West-Europese intellectuele cultuur, voornamelijk door de scholastieke studie van gezaghebbende teksten uit de Romeinse tijd, waaronder het Romeinse recht. Er breekt dan ook een nieuwe fase aan in de ontwikkeling van het gezag in West-Europa. De vorst, die in de feodale verhoudingen in persoonlijke relatie tot zijn leenmannen stond, verheft zich, geïnspireerd door het Romeinse keizerschap, langzamerhand tot vorst als drager van publiek gezag.⁴⁷ Het koningschap wordt een publiek ambt, dat de vorst op afstand zet van zijn leenmannen. De vorst moet overigens nog terdege rekening blijven houden met de andere machthebbers in zijn territorium, de landadel, de kerk en de steden, maar hij begint publieke taken, zoals landverdediging, belasting heffen en justitie, die hij voorheen overliet aan zijn leenmannen, naar zich toe te trekken. Tussen de 12e en de 16e eeuw worden dan ook de centrale bestuursapparaten uitgebreid en steeds meer bevolkt met universitair geschoolden. Bovendien tekent zich, vanaf halverwege de 15e eeuw, een culturele en intellectuele omslag af in West-Europa. Anders dan tijdens de scholastiek, waar men naast de Bijbel, ook de andere teksten, zoals de codificaties van de christelijke keizer Justinianus als door God geopenbaarde teksten beschouwde, richt men tijdens de renaissance de aandacht op de gehele oudheid, dus ook op de teksten uit de prechristelijke periode. De brede culturele beweging van de renaissance, het humanisme, weekt zo de wetenschap los van de kerkelijke en andere middeleeuwse bindingen en maakt de weg vrij voor het vrije denken. Pas na de grote godsdienstoorlogen van de 16e eeuw en de definitieve teloorgang van de christeneenheid Europa, worden de verschillende politieke mogendheden relatief snel zelfstandige entiteiten. Extern noopt het

42. Zie Gaius, *Institutiones* 1.1, Op basis van D.1.1.9 (I.1.2.1).

43. Zie H.J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge Mass. en Londen: 1983; R.C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge: 1995; H. Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, München: 1976; J.P.A. Coopmans, ‘Vrijheid en gebondenheid van de rechter vóór de codificatie’, in: *Rechtsvinding. Opstellen aangeboden aan prof. dr. J.M. Pieters ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Hogeschool te Tilburg*, Deventer: 1970, p. 71-109; C. Dyer, *An Age of Transition? Economy and Society in England in the Later Middle Ages*, Oxford: 2005; G. Duby, *De kathedraalbouwers: portret van de middeleeuwse maatschappij*, Amsterdam: 1992; Ph. Godding, ‘Le Conseil de Brabant, chef de sens, au quinzième siècle’, in: *Brabants recht dat is... Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.P.A. Coopmans ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar Nederlandse rechtsgeschiedenis aan de Katholieke Universiteit Brabant, Assen/Maastricht*: 1990; B.H.D. Hermersdorf, ‘te Hoofde gaan’, in: B.H.D. Hermersdorf, *Recht en taal te hoofde. Opstellen over de ontmoeting tussen Middelnederlandse letteren en oudvaderlands recht*, Zwolle: 1955, p. 307-347, eerder verschenen in *Verslagen en Mededelingen der Vereniging tot uitgaaf der bronnen van het oud vaderlands recht XI (1954-1958)*, p. 17-50; P. Koschaker, *Europa en het Romeinse Recht*, Zwolle: 1995; R. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis*, Leuven: 2008; P. Leupen, *Keizer in zijn eigen rijk*, Amsterdam: 1998; J.P.H. Monte Verloren & J.E. Spruit, *Hoofdlijnen uit de Ontwikkeling der Rechterlijke Organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse Omwenteling*, Deventer: 1982; P. Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge: 1999; P. Vinogradoff, *Roman law in Medieval Europe*, Oxford: 1961, 3e ed.; E. Werner, *Stadluft macht Frei*, Berlin: 1976.

44. Koschaker, 1995, p. 63.

45. Lesaffer wijst erop dat de steden vaak oorspronkelijk eedgenootschappen zijn geweest, waar een groep burgers een eed aflegden waarin zij beloofden de vrede en het recht van de gemeenschap te respecteren. Zie Lesaffer, 2008, p. 211.

46. Werner, 1976, p. 32-33.

47. Lesaffer, 2008, p. 209.

wegvallen van de paus als hoogste instantie binnen de interstatelijke betrekkingen de staten tot het zoeken naar nieuwe manieren om de interstatelijke relaties te reguleren. De nadruk komt steeds meer te liggen op territoriale eenheid. Intern vindt deze ontwikkeling zijn weerslag in centralisatie van bestuur en regelgeving. Het Romeinse recht wordt dan niet meer gezien als een verzameling van direct geldende regels, maar als een inspiratiebron, een voorbeeld, voor het heden. Of, en hoe het gebruikt kan worden hangt af van een autonome rationele overweging.⁴⁸

West-Europa maakt dus in een betrekkelijk korte tijdspanne op cultureel, politiek en maatschappelijk gebied veelvoudige veranderingen mee. Deze periode is te kenmerken door internationalisering, liberalisering en secularisering. Het is een samenleving op weg naar een contractuele sociale organisatievorm met steeds meer vrijheid voor het individu. In deze samenleving in transitie, schiet het eigen recht, het *ius proprium*, hier en daar vermengd met wat verbasterde herinneringen aan het Romeinse recht, regelmatig tekort. Nieuwe en vaak complexe conflicten, die moeten worden opgelost maken duidelijk dat het oude rechtssysteem niet voldoet in een samenleving van vrije burgers met veel grensoverschrijdende (handels)contacten, met diverse machtsblokken en een toenemende wetenschappelijke kennis. Degenen die in deze periode verantwoordelijk zijn voor de rechtspraak staan voor de uitdaging het recht te accommoderen aan wat de maatschappij vraagt. Ook al is er geen toepasselijke rechtsregel, de rechter zal toch recht moeten spreken. Jacobs⁴⁹ geeft een verhelderend overzicht van de procedures die zijn ontwikkeld ter aanvulling of controle van wat het eigen recht biedt. Zij onderscheidt in deze periode vier vormen van rechtsvorming door de rechter. Ten eerste is er het hulp vragen bij een andere rechter, het ter ‘hoofdvaart’ of ‘te hoofde gaan’. Wanneer lokale rechters worstelen met een probleem door een leemte in, of met twijfel over het eigen recht en dus niet tot een vonnis kunnen komen kunnen ze te rade gaan bij andere rechters. Vaak zijn die andere rechters de schepenen van de moe-

derstad of van een andere meer ontwikkelde stad.⁵⁰ Men legt aan deze rechters de casus voor en vraagt om een uitspraak. Deze uitspraak – het hoofdvonniss – is bindend.⁵¹ Ten tweede kan er om raad gevraagd worden bij onafhankelijke rechtsgeleerden. Dit komt in zwang als het Romeinse recht aan invloed wint; men wendt zich bijvoorbeeld voor advies tot de juristen aan de universiteiten, die het geleerde Romeinse en canonieke recht hebben bestudeerd.⁵² Ten derde bestaat de mogelijkheid een oordeel van een groep deskundigen (een turbe) te vragen over het bestaan of de uitleg van een rechtsregel, al dan niet uit het eigen recht.⁵³ De rechter moet verder van dit bewijs, ontstaan op grond van een gedeelde rechtsovertuiging, uitgaan. Ten vierde is er het beroep op de wetgever voor uitleg of aanvulling van het eigen recht. Dit is terug te voeren op de middeleeuwse gedachte dat de wetgever geen recht schept, maar vindt, en dat het aan hem is dit gevonden recht te interpreteren. In de hierboven genoemde gevallen zoekt de rechter dus eerst naar verduidelijking van het eigen recht, zoals bij het raadplegen van deskundigen of de wetgever.⁵⁴ Als dat geen bevredigend resultaat oplevert, wordt er aanvulling gezocht buiten het eigen recht en dat is steeds vaker Romeins recht. Rechtsvorming door de rechter is dus blijkbaar al vanaf de late middeleeuwen een erkend en gereguleerd fenomeen geweest.⁵⁵

2.3. *Ius gentium, een tijdloze rechtsconsensus?*⁵⁶

Tegen de hierboven geschetste achtergrond van het ontstaan van het *ius gentium* en de receptie van het Romeinse recht is het nu ook mogelijk Waldrons instrumentele historische verwijzing naar het Romeinse *ius gentium*, als tijdloze rechtsconsensus te problematiseren.

Het oorspronkelijke Romeinse *ius gentium*, de verzameling van algemene privaatrechtelijke regels met als leidend kenmerk de overweging van redelijkheid en billijkheid stamt uit de late republiek. Het wordt gezien als een verzameling rechtsregels die internationaal verkeer moge-

48. Koschaker, 1995, p. 105-106.

49. B. Jacobs, ‘Is het wel de rechter die het recht vindt?’, in: E.J. Broers & B. van Klink (red.), *de Rechter als Rechtsvormer*, Den Haag: 2001.

50. Stadsrechten werden bij toekenning door de landsheer vaak – al dan niet met kleine wijzigingen – overgenomen van een oudere stad, een moederstad: ‘Zo gingen bijvoorbeeld de schepenen van ’s-Hertogenbosch bij de schepenenbank van hun moederstad Leuven te hoofde en kwamen de schepenen van vele plaatsen in de Meierij van ’s-Hertogenbosch naar deze nabijgelegen stad om lering.’ Jacobs, 2001, p. 29.

51. Hermersdorf heeft aangetoond dat het de rechters in beginsel niet vrijstond van het hoofdvonniss af te wijken en dat zij meestal verplicht waren dat vonnis uit te spreken. Wellicht is het hoofdvonniss in latere tijden wel meer als advies gebruikt, zie Hermersdorff, 1955, passim.

52. Naarmate er meer universiteiten komen worden de akten (de dossiers), vaak verplicht, naar deze instellingen gezonden, waar men speciale colleges aanstelt om de aanvragen te behandelen. In het Heilige Roomse Rijk bijvoorbeeld is het oudst bekende ‘*Spruchkollegium*’ opgericht aan de universiteit van Keulen in 1398. Zie verder: M. Sauter, ‘Aktenversendung’, in: G. Gersmann, K. Moeller & J.-M. Schmidt, *Lexikon zur Geschichte der Hexenverfolgung*, hrsg. v., in: *historicum.net*, url: [www.historicum.net/no_cache/persistent/artikel/5581/\(18012012\)](http://www.historicum.net/no_cache/persistent/artikel/5581/(18012012)).

53. Van oudsher (13e eeuw in Frankrijk) is een turbe een groep van personen die geacht wordt kennis te hebben van het recht; deze groep doet uitspraak over het regelmatige en langdurig gebruik van een regel en toont daarmee het bestaan aan. Turba komt al voor bij Ulpianus: D.48.8.4.3. Zie Jacobs, 2001, p. 30. Zie ook L. Waelkens, ‘L’origine de l’enquete par turbe’, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1985, p. 164-165.

54. Het kan dan gaan om aanvulling of interpretatie van een rechtsregel uit het eigen recht.

55. Dit blijkt overigens ook uit de constitutie van Maximiliaan I op de instelling van het Rijkskamergerecht dat Romeins recht moest gebruiken en waarbij de helft van het college moest bestaan uit in het Romeins recht geschoolde juristen. Het Romeins recht kreeg ook een officiële aanvullende rol in de *Siete Partidas* en in het *Liber Augustalis* van Frederik II. Er is ook het transnationale *ius mercatorium* en zeerecht dat naast lokale gewoonten Romeins recht gebruikt.

56. Zie W.G. Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden: 1944/1984; B.H.D. Hermesdorf, *Schets der uitwendige geschiedenis van het Romeins recht*, 1936/1972; M. Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, Göttingen: 1976, 2e Ed.; M. Kaser, *Ius Gentium*, Wenen: 1993; R. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis*, Leuven: 2008; A. du Preez Louw, *The Concept ‘Ius Gentium’* (diss. Leiden), 1991; P. Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge University Press 1999.

lijk maken, maar het blijft Romeins recht.⁵⁷ ‘Das Ius Gentium ist demnach kein “Fremdenrecht”, weil es nicht nur die Nicht Römer, sondern auch die Römer bindet; es ist auch (...) nicht aus den Schöpfungen anderer Völker nach Rom übernommen worden, sondern zuallermeist von Anfang an in Rom heimisch gewesen.’⁵⁸

In de 2e eeuw na Chr. leggen de Romeinse rechtswetenschappers het verband tussen het *ius naturale* en het *ius gentium*, waarbij het laatste een meer concrete uitwerking is van de regels die van nature door alle mensen worden gekend en nageleefd, uiteraard met uitzondering van ‘barbaren’ en slaven. ‘Alle volkeren die door wetten en decreten geregeerd worden passen deels hun eigen recht toe, deels een recht dat alle mensen gemeen is. Het recht dat ieder volk voor zichzelf heeft vastgesteld, is zijn eigen recht; het wordt *ius civile* genoemd, omdat het het eigen recht van de gemeenschap van burgers, *civitas*, is. Daarentegen wordt het recht dat de natuurlijke rede tussen alle mensen tot stand heeft gebracht bij alle volkeren op gelijke wijze geëerbiedigd; dit recht wordt *ius gentium* genoemd, omdat alle volkeren, *gentes*, het toepassen.’⁵⁹

Het geheel aan rechtsregels, bestaande uit het *ius civile*, het *ius praetorium*, waaronder ook het *ius gentium* én de rechtswetenschappelijke commentaren en adviezen, wordt uiteindelijk vastgelegd in de codificaties van Justinianus in de 6e eeuw. Deze rechtsverzameling zal, naast het Canonieke recht, de bron van het geleerde recht voor het West-Europa van de 12e eeuw worden.

Voor volkenrechtelijke vraagstukken bestaat er tot de 16e eeuw geen apart recht, men put uit allerlei, vaak privaatrechtelijke – overheidsgezag was persoonlijk eigendom – bronnen, zoals gewoonte, feodaal recht, Romeins recht en canoniek recht. Dat laatste krijgt door de positie van de paus als hoofd van de christeneenheid Europa in het volkenrechtelijke verkeer een prominente rol. Pas na de grote godsdienstoorlogen van de 16e eeuw en de definitieve teloorgang van de christeneenheid Europa worden de eerste stappen op het pad van de nationale soevereiniteit gezet met behulp van het (gewoonte)recht dat politieke entiteiten onderling gebruiken en vormen. Dit geheel aan positieve interstatelijke rechtsregels wordt het *ius gentium* of het volkerenrecht genoemd, het recht dat de relaties tussen soevereine machten beheerst. Het vroegmoderne volkenrecht heeft dus wel zijn wortels in het Romeinse recht, maar het zal met de opkomst van de nationale soevereine staten langzamerhand afdwalen van het privaatrechtelijke karakter.

De algemene term *ius gentium* dekt dus verschillende ladingen: algemene (Romeinse) privaatrechtelijke regels, of toegepast natuurrecht of positief internationaal (pu-

bliek)recht. Gewag te maken van één tijdloos *ius gentium* als universele rechtsconsensus lijkt dus niet mogelijk.

Bovendien is het *ius gentium* als onderdeel van het geleerde recht gerecipieerd in andere rechtssystemen. Het proces van receptie en acculturatie heeft zich niet eenduidig voltrokken, het kent een veelvoud van toepassingen en wordingsgeschiedenissen.⁶⁰ Glenn spreekt in *On Common Laws* van een onvermijdelijk fenomeen van aan- en inpassing aan het oorspronkelijke recht.⁶¹ De rechtsmassa die door de geschiedenis heen als bron is gebruikt, is op allerlei verschillende manieren opgenomen in het eigen rechtssysteem, direct als regel of als procedure, maar ook als voorbeeld dat alleen vaag is te herkennen in het voorliggende recht. Het eigen recht werd primair toegepast, voldeed het eigen recht niet, had het onduidelijkheden of lacunes dan was er – al dan niet verplicht – het Romeinse recht om uit te putten. Lesaffer maakt de vergelijking met het Romeinse recht als de ‘vuurtoren waar de vele schepjes van het recht in Europa allemaal op moesten koersen’.⁶² Het hele proces van receptie en acculturatie voltrekt zich op allerlei niveaus van diverse rechtssystemen. Het *ius commune* is dan uiteindelijk niet één rechtsmassa, met eeuwigheidswaarde, maar de reflectie van een veelvoudige receptie en acculturatie in allerlei rechtssystemen. Glenn spreekt van het *ius commune* als ‘multiple interactive common laws, each radiating out from major centres of populations or influence, and each variously accommodating iura propria internal to each of them’.⁶³ In het (Romeinse) recht van de 18e eeuw is er uiteindelijk geen oorspronkelijk *ius gentium* meer te traceren. Er kan dus geen sprake zijn van een altijd aanwezige *ius gentium*.

3. Tot slot

In de literatuur over het gebruik van buitenlands recht door de nationale rechter wordt regelmatig naar voorbeelden uit de geschiedenis verwezen. Wat is een dergelijke verwijzing naar het verleden waard? Als louter historisch feit niet veel, maar het bestuderen van het fenomeen in een bepaalde sociale context blijkt waardevolle kennis op te leveren. Door naar de maatschappelijke en sociale context te kijken van de in de literatuur aangehaalde historische voorbeelden van rechterlijk kosmopolitanisme is geconstateerd dat het rechtssysteem van een sociale organisatievorm dynamisch is en dat het zich aan veranderingen in de sociale organisatievorm aanpast. In de bovenstaande historische verkenningen is gebleken dat in bepaalde tijdperken veranderingen in de samenlevingsvorm zo snel of ingrijpend waren dat het eigen rechtssys-

57. Stein, 1999, p. 12-13.

58. Kaser benadrukt dat de Romeinen voor het rechtsverkeer met niet-Romeinen eigen rechtsmiddelen ontwierpen, waarbij ze aannamen dat men de rechtsfiguren overal wel zou (h)erkennen. Hij citeert Mitteis, RPR (1908) 62 A.3; Kaser, 1993, p. 5-6.

59. Zie Gaius, *Institutiones* 1.1. Op basis van D.1.1.9 (I.1.2.1).

60. Met betrekking tot receptie en acculturatie: Randall Lesaffer gebruikt, met verwijzing naar Dirk van den Auwele, deze terminologie en dit onderscheid, waarbij receptie duidt op het overnemen van inhoudelijke elementen van het geleerde recht en acculturatie op het zich vormelijk aanpassen van het eigen recht in de richting van het geleerde recht. Lesaffer, 2008, p. 246.

61. H.P. Glenn, *On Common Laws*, Oxford: 2005.

62. Lesaffer, 2008, p. 246.

63. ‘...as a loosely spread constellation of centres, and the idea of multiple common laws in the second millennium therefore continues to acknowledge the essential diversity of European law and legal history – Europe as a geodesic dome, with interlocking modules, as opposed to a large tent hung on a single pole.’ Glenn, 2005, p. 21.

teem niet meer kon voldoen aan de vraag naar een rechtvaardige oplossing. Op die momenten heeft de rechter telkens weer een cruciale rol gespeeld in het zoeken en vinden, en internaliseren van buitenlands recht. Daarbij werd ook duidelijk dat het zonder meer overnemen van historische begrippen niet eenduidig gedaan kan worden. Enerzijds is de betekenis niet duidelijk – welk *ius gentium* wordt bedoeld? – en anderzijds is het de vraag of de oorspronkelijke betekenis nog steeds geldingskracht heeft. Deze constatering roepen de vraag op of we ons eigen tijdsbestek ook kunnen beschouwen als een periode van verandering en overgang naar een andere sociale organisatievorm. Samenvattend kunnen we immers stellen dat er in alle beschreven periodes sprake was van sociale, politieke en staatkundige veranderingen die hun weerslag hadden op het rechtssysteem. De nieuwe situaties en omstandigheden van een sociale organisatievorm hebben niet alleen als kenmerk veranderde politieke verhoudingen, maar ook flexibilisering, internationalisering, centralisatie en, soms, secularisering. Veranderingen in de sociale organisatie worden via het concrete geval duidelijk. Daar moet het rechtssysteem zijn taak verrichten en als het daar tekortschiet, heeft de verantwoordelijke voor het uiteindelijke oordeel, de rechter, de taak om in dit concrete geval naar een oplossing te zoeken, desnoods buiten het eigen rechtssysteem. Via hem wordt nieuw, ander recht toegevoegd aan het eigen systeem en zo wordt van binnenuit de noodzakelijke aanpassing van het rechtssysteem bewerkstelligd. Zien wij nu ook in onze eigen tijd deze kenmerken van een samenleving in transitie? De gehele 20e eeuw staat in het teken van verandering van sociale organisatievorm: de rationele contractuele liberale soevereine staat krijgt het al vanaf de late 19e eeuw, maar zeker na de eerste wereldoorlog flink te verduren op politiek en cultureel vlak. Na de eerste wereldoorlog eist de arbeidersklasse, die als kanonnenvlees heeft gediend, haar rechten op.⁶⁴ Door het uiteindelijk verkregen algemene stemrecht winnen de socialistische en de meer radicale communistische partijen aan kracht. De liberale contractuele staat gaat over in de sociale welvaarts-, of collectivistische staat, waarin allerlei veranderingen worden doorgevoerd waarbij de staat een steeds grotere rol gaat spelen en diep kan ingrijpen in het maatschappelijke leven. De staatsorganisatie van de 19e eeuw blijft overeind. Maar van binnenuit verandert het rechtssysteem door de interventionistische overheid. De uitvoerende macht neemt enorm in belang toe, de bureaucratie groeit sterk. Binnen het recht komt er meer ruimte voor de idee van het recht als maatschappelijk instrument, wetenschapsgebieden als de rechtssociologie en de rechtspsychologie winnen aan invloed en ook het rechterlijk oordeel concentreert zich meer op rechtmatigheid in het maatschappelijk verkeer, dan op de wetmatigheid.⁶⁵ Vanaf de eerste wereldoorlog begint ook het internationale recht aan zijn opmars, wat uiteindelijk leidt tot supranationale instellingen die het alleenrecht van de nationale staat op het creë-

ren van internationaal recht doorbreken. Het individu verschijnt op het wereldtoneel, eist zijn (mensen)rechten op, kan aanklager of verdachte zijn in internationale strafzaken en sluit overeenkomsten over alle grenzen heen.⁶⁶ Via moderne media is internationaal contact op allerlei manieren mogelijk; informatie en kennis worden over de gehele wereld uitgewisseld. Internationale systemen van cultuur, financiën, economie, communicatie en andere sociale activiteiten vragen om eigen rechtsregels die de nationale soevereine staat ontstijgen, maar waarmee de burger wel direct te maken kan krijgen. Door deze globalisering moet de burger van de nationale staat wel steeds meer ook een wereldburger worden. Nu de nationale en internationale rechtsorde steeds meer met elkaar verweven raken, krijgen ook andere dan de oorspronkelijke publiekrechtelijke spelers op het wereldtoneel een rol. Het recht van deze internationale orde gaat dan ook steeds meer privaatrecht omvatten en er komt steeds meer een gerechte plaats voor personen in de internationale verhoudingen. Vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw wordt er in de juridische literatuur dan ook gesproken over de ontwikkeling naar wereldburgerschap.⁶⁷ Kortom, ook de 20e en 21e eeuw zijn te beschouwen als een periode van internationalisering, flexibilisering en liberalisering. De bestaande sociale organisatievormen, de contractuele en collectivistische, proberen nieuwe mogelijkheden, doelstellingen en idealen te integreren. De rechtsverantwoordelijken kijken (opnieuw) over de grens op zoek naar recht dat bij deze nieuwe situatie past. Hoe recht te doen aan de hedendaagse samenlevingsvormen, waarin wereldburgerschap een belangrijke rol speelt? De door Waldron aangedragen wereldwijde rechtsconsensus, geconcretiseerd in het Romeinse *ius gentium*, als een kant en klare ‘... set of enduring intermediate principles that one might use as touchstones for real-world legal systems’ bleek problematisch. Ernst Hirsch Ballin zoekt daarentegen inspiratie bij een contemporain *ius gentium*, dat uitgaat van een internationaalrechtelijke erkenning van personen en hun gemeenschappen. Daarin moet ten eerste aandacht zijn voor een genormeerde relativisering van de statelijke soevereiniteit en van het verbod op inmenging in interne aangelegenheden, gepaard aan eisen ten aanzien van de kwaliteit van de constitutionele orde. Ten tweede moet er gewerkt worden aan een voor eenieder eerlijke toedeling van aanspraken op sociaaleconomische participatie. Ten derde zou internationaal strafrechtelijk optreden mogelijk gemaakt moeten worden.⁶⁸ Deze schets geeft, ondanks de toch weer verwarring scheppende historische term, vooral een ideaal, een doelstelling weer voor de bestaande rechtsorde. Een hedendaags *ius universi populorum* vereist een gemeenschappelijk streven. De vraag naar welke rechtssystemen en dus ook sociale organisatievormen tot die gemeenschap kunnen behoren, blijft echter nog onbeantwoord. Door uit te gaan van een rechtssysteem als een dynamische weergave van zowel traditie, als het alledaagse sociale verkeer, als de doelstel-

64. Recentelijk goed leesbaar beschreven in de roman van Ken Follett, *Fall of Giants*, Londen: 2010.

65. HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161 (*Lindenbaum/Cohen*).

66. H. Steiger, ‘From the International Law of Christianity to the International Law of the World Citizen’, in: *Journal of History of International Law* 2001-3, p. 180-193.

67. H. Steiger, 2001; E.M.H. Hirsch Ballin, *Wereldburgers: personen in het internationale recht*, Zwolle: 1995.

68. Hirsch Ballin, 1995, p. 37-38.

ling waarop men zich oriënteert, zou het mogelijk moeten zijn ijkpunten voor gemeenschappelijkheid te formuleren. Dan kan bepaald worden wanneer er wel en wanneer er geen rechterlijk kosmopolitanisme mogelijk is. Dat vereist verder onderzoek, waarbij Vinogradoffs invulling van de geest van de wet een inspirerend vertrekpunt is. Hij biedt een breed perspectief voor een interdisciplinaire zoektocht naar grenzeloos en toch begrensd recht.